4 1º



POR
DON ANDRES
DE MONTORO VARGAS Y CASTILLEJO,
EN EL PLEYTO
CON
DON GERONIMO DE MONTORO Y VARGAS SU HERMANO,
SOBRE
LA DIVISION, Y SUCESSION DE LOS MAYORAZGOS, QUE FUNDO ALONSO GOMEZ DE MONTORO SU PADRE.

REPETITA IURIS ALLEGATIO.

N. 1. DIOSE PAPEL POR EL ABOGADO DE Don Andres de Montoro, y del pidiò traslado el de Don Geronimo de Montoro, que escriviò *more solito*, y a este han pedido responda; no es facil, pero es obligacion intentarlo.

2 Desde el numero 1. del papel de Don Geronimo, hasta el septimo, procura probar, que Alonso Gomez de Montoro no pudo fundar dos Mayorazgos en virtud de la facultad Real que tuvo, sino vno, y que este fue a fauor de Don Geronimo de Montoro, conforme a las leyes mu-

municipales del Reyno. Pero advertimos, que esto no lo alegò, ni tiene deducido, quiza porque no le pareciò de fundamento, como se dirà despues: y no auiendose introducido esta defensa, parece que no ay que disputar contra el señor Gregorio Lopez, y quando se huviera propuesto, se satisficiera con los instrumentos, y facultad Real, pues en el Mayorazgo que en su virtud fundò Alonso Gomez de Montoro el año de 1636. fol. 28. dize, *Que funda un Mayorazgo de los bienes q̃ alli refiere, y que en quanto al goze, y utilidad, lo divide entre sus dos hijos.* Y en quanto a la facultad Real, la pidio para ambos, y se concediò para ambos, como consta de ella foj. 7. ibi: *En qualquiera de los dichos vuestros hijos, o en ambos*, con clausulas generales, y absolutas para ello. Y parece que a este punto es ocioso dilatar la satisfacion por ser claro, y que siendo facultativo, se ha de mirar a las palabras que con claridad estàn en nuestro fauor.

3 Desde el numero 8 hasta el 11. trata de que las primeras fundaciones, tanto por su naturaleza, como por la facultad Real, fueron revocables, y que se pueden hazer irrevocables, como la vltima de que se vale por los pactos, y calidades que contiene. Y de nada de esto se duda; lo que si puede dudarse, o en lo que tampoco ay duda, es que no tuvo tal voluntad Alonso Gomez de Montoro, por los defectos que el primero Abogado en su primero papel insinuò por Don Andres, y por lo que consta con evidencia por el processo.

4 Para excluir la demencia el Abogado de Don Geronimo, dize num. 12. que la presumpcion de sano juyzio assiste a todo racional, y que la probança incumbe al que contra esta presumpcion alega, y que no basta general, sino que se ha de ajustar al tiempo del acto por los textos vulgares, Civiles, y Canonicos que juntò el Cardenal Zabarela, y en el numero 15. dize, que halla en el papel el arrojo de Estrados, diziendo està probada la demencia, no auiendo mas que la declaracion del Doctor Don Nicolas de Babinga, a la qual responde con los dos Medicos contrarios, y con lo que assentaron a la Vista los Relatores.

5 Pero todo esto se convence, con que deponen los testigos que antes del otorgamiento, y en el tiempo del estaua decrepito, e incapaz por su mucha edad, y enfermedad, dando la razon porque de ordinario llorava, y reia sin causa, y dava vozes. Francisco Maçuela foj. 283. B. & foj. 286. Francisco Sobrino, y Don Iuan de Cabreros foj. 294. y Doña Antonia Perea foj. 299. B. y Pedro de Saauedra foj. 305. los quales hazen toda fee dando bastante razon de sus dichos, pues las acciones de llorar, y reir, y dar vozes son las que manifiestan la capacidad del sugeto, y en quien las haze totalmente falta. *Vt in simili dicebat Cald. Pereir. cons.* 24. *num.* 32. ibi. *In risum non vnquam, non vnquam in lamẽta, & quarimonias dissoluebatur.* Y aunque estos testigos dixeran de su parecer per verbum *Credo*, coligiendolo de estas señales, bastàra, vt docet idem Cald. in dict. consil. 24. nu. 2. vers. *Et licèt*, ibi: *Quia continuò vociferabatur intempestiuè ridens, canensque:* Porque como despues dize en el num. 28. *Ex gestis, & dictis facilè colligitur insania, seu mentis alienatio. Signa enim exteriora indicant ac manifestant interiorem animi quietem.* leg. ob quę vitia de ædil. edic. cum pluribus

D.

D.Castill.lib.4.cap.28.num.54 vers.Rursus & tertio. *Licèt testes de his actibus essent singulares*, vt dictum fuit in prima, allegat.num.3.& probat Cald.vbi sup.num.7.

6 Con esto concurre la falta de memoria de que deponen Antonio Gutierrez foj.289.a la B.Doña Ana Maria Sobrino foj.290.Doña Manuela Antonia fol.292.que tambien es efecto de incapacidad, como dixo el señor Castillo dict.lib.4.cap.28.num.54.vers.deinde,& secundo, que esta basta para la nulidad del acto por la disposicion de la ley del fuero, siguiendo a Rodrigo Suarez, y el mismo señor Castillo cap.22.num.15.Y en nuestro caso ay la circunstancia de acordarse del testamento, y no de lo que contenia: el señor Castillo dict. cap. 28. num. 54.vers.præterea.

7 Y quando solo dixeran los restigos que antes del instrumento estava incapaz, y no depusieran del tiempo del acto, era bastante probança, considerando lo que dize el Medico D.Nicolas de Babinga [que està ratificado en este juyzio foj.204.) que segun el tiempo de la deposició fue poco antes del otorgamiento, con quien corresponde la deposició de Diego de Robles foj.311.que dize de muy pocos dias antes; porque el que vna vez estuvo falto de capacidad, se presume siempre, aunque tenga dilucidos intervalos; mientras no se probare lo contrario en el mismo acto, vt in 1. allegat. num. 16. y aora se añade a Cald.Pereyr. dict.consf.24.num.4.que con muchos lo prueba largamente, respondiendo a el *tunc temporis*; y en particular a la presumpcion de sano juyzio en qualquier racional, y a el mayor credito que merecen los testigos de sana mente, ex num.24 ad 26. vbi fatur ita. *Vndè testes deponentes aliquem esse mente captum, vel furiosum, deponunt de eo quod oculis viderunt, & perpenderunt per actus exteriores*. Et ibi: *Deponens autem, quem esse sanæ mentis magis videtur deponere de qualitate invisibili, quæ non percipitur visu, nec auditu*. Y las acciones de cordura, o sanidad que algunos testigos quisieron dezir no obstan, porque no por esso se prueba la capacidad. Buen texto leg. his qui. §. divus Pius.ff.de tutorib.& curator.dat.ab his, idem Cald.vbi supr. num.19. ibi. *Quoniam, & frenetici licèt iudicio, & mente careant, & omnino à ratione sint alieni, nonnunquam tamem nonnulla verba ad propositum emittunt, ac intermiscent, & sermones conferunt invicem ac si mentis suæ conpotes forent*; & num.28.Con lo qual se responde a la diligencia judicial que se pondera de contrario.

8 Y no se prueba la capacidad por auer recebido los Santos Sacramentos en vida, y en muerte, en que haze ponderacion el Abogado de D Geronimo num.17.de su papel, diziendo, que esta recepcion *est signum verum sanæ mentis*, con Farinacio fragm.crimin.part.1.num.288. verbo *Furor*. Porque se deue aduertir, que ay mucha diferencia del furioso a el mente capto, o demente, como dixo Bald. in leg.furiosi. C. de nupt.vbi *Furiosum appellat, qui rabiè euidentis furoris effertur, mente captum verò, cui mens, & consilium deficit, licèt nullum furorem ostendat*. Vt post plures notat Cald.dict.consf.24.num.28.Por lo qual al furioso no se administran los Sacramentos por el peligro de irreverencia, y a el demente si ex Theologis summatim refert Ioannes de Soria-

ria in Epilogo summarum. 2. part. tract. 1. sex. 4. disp. 7. de Euchar. Y auiendose ajustado por la deposicion de el Doctor Babinga, que el dicho Alonso Gomez de Montoro, con la perlesia estaua incapaz; y no probandose, como no se ajusta de contrario, que sanasse totalmente, se presume muriò con el accidente, & ita, & tunc temporis probatur, Aduerto autem, *Eum esse in extremis, & grauiter ægrotare, fore sensédum, qui decessit ex illa infirmitate sine sanitatis interualo*, vt Bald. aiebat in cap. 1. de pact. num. 11. per text. vnicum in leg. alumnæ. §. fin. ff. de aliment. legat. per quem textum ita etiam tenet Iason in leg. Si quis posthumas. §. Si filium num. 44. ff. de liber. & posthum. leg. si cumdotem. §. Si maritus. ff. solut. matr.

9 Ni los instrumentos que parecen otorgados por aquel tiempo inducen capacidad, porque todos fueron de muy poca consideracion, y de la administracion que corriò por quenta de Don Geronimo, el qual para esta alegacion que haze, se previno con aquellos instrumentos, constando de el processo, que las minutas las hazia, y corrian por su mano sin intervencion de su padre, como lo dize Gregorio Ortiz Castellar foj. 275. diziendo, que de todas las escripturas que otorgò, le lleuaua la minuta Don Geronimo desde el año passado de 656. que es quando hizo la de este pleyto: y inducido de Don Geronimo, hizo vna declaracion, que D. Andres le auia gastado setenta mil ducados foj. 214. siendo assi que no tenia, ni tuvo tanta hazienda; y lo que mas excluye esta presumpcion, es lo que dize el mesmo Castellar, que con auer otorgado estos instrumentos, no quiso hazer el que ha dado causa a este pleyto, pareciédole, como dixo a su Oficial, que no tenia capacidad para el, como refiere vn testigo foj. 306. y consta de lo referido por lo que dize Antonio Gutierrez, Escrivano foj. 289. y Iuan Francisco Escrivano foj. 145. Y para responder a lo que nota el Abogado en el num. 20. basta la declaracion que Alonso Gomez de Montoro hizo a pedimiento de D. Andres, ante Antonio Gutierrez, Escrivano por 19. de Diziembre de 57. y foj. 217. a la B. dize estas palabras, ibi: *Y dixo ser la verdad para su juramento, y no firmò, porque dixo no podia por su mucha edad, y estar temblando, de que doy fee.*

10 Y para convencer este instrumento, basta que auiendose dudado de la voluntad, no le han colorado los testigos instrumentales: porque Iuá de Quintana niega su asistencia: y Diego Luis de Mesa, dize que no sabe si tenia capacidad foj. 296. a la B. Y solo queda el Escrivano, y el otro testigo su sobrino: y ya se sabe quan poca fé se les deue dar tratando en ello de su honor, y reputacion, vt notat D. Castillo dict. lib. 4. cap. 28. num. 41. Cald. Pereir. dict. cons. 24 num. 16. Y para impugnar este instrumento no es necessario mas que dezir, no està comprobado con los testigos instrumentales.

11 En el numero 21. defiende el Autor del papel contrario la buena disposicion del instrumento, y dize, que se calumnia auerla hecho con asistencia de Abogado, que echò menos el otro Consulto in leg. Lucius Titius. §. Lucius de leg. 2. Y no tiene razon en dezir se calumnia, porque antes no se niega que està bueno, y que su cuydado amplio lo que auia menester D. Andres para hazerle sospechoso, y que se conoce

huvo

huvo mas voluntad en su otorgamiento que la de Alonso Gomez de Montoro, *& ut melius dicam*, que de este no asistiò ninguna: y se dize bien con Antonio Fabr. in Cod. lib. 6. tit. 5. diffinit. 15. ibi: *à Iurisconsulto potius, quàm à testatore dictata videbatur, & dolus, & simulatio præsumitur*, por averse cautelado D. Geronimo con tantas clausulas de irrevocabilidad tan insolitas, y estrañas, que se prueba ser acciõ de Don Geronimo, y no de su padre; y quanto mas se procura sanar la sospecha, tanto mas se descubre, *ob durandum aduersus urgentia*, dize Alciato Emblem. 47. & ibi:

Nititur in pondus, simul, & consurgit in altum.
Quo magis, & premitur, hoc magis tollitonus.

Porque quanto mas se trata de paliar la verdad, tanto mas sus quilates se descubren: con que andar buscando tantas clausulas insolitas, descubre la poca seguridad de conciencia en el acto, y a favor de D. Andres han sido todas las diligencias: y pudiera quexarse D. Geronimo de lo que lloraua vna imprudente.

Remigiumque dedi, quo me fugiturus abires.
Heu pacior tellis vulnera facta meis.

12 Ya emos llegado a el punto de la sugestion, y en este (*salua tanti Senatus censura*) en el concepto mio funda Don Andres vna de las mayores consideraciones para su justicia. Dize el Abogado de D. Geronimo en el num. 22. y 23. que no ay probança de sugestion, y que lo mas que se prueba es, que con caricias, y ruegos venciò D. Geronimo a su padre a que hiziesse en su fauor este instrumento, y que lo pudo hazer por la ley final. ff. & Cod. si quis aliquem test. prohib., y que es licito captar, y grangear la voluntad de este modo. *Et licèt non ignorẽ licere blanditijs inducere aliquem ad sibi relinquendum, attamen illud procedit quando honestis ac licitis persuasionibus id fit: secus autem ubi dolus intercedit, prout textus ille fin. expresè dicit, qui tamem dolus in casu nostro videtur manifestus, conducendo eam, ut remota esset à matre, & sororibus solam eam in thalamo, & in domo tenendo.* Ita Tiber. Decian. volum. 3. respons. resp. 32. num. 23. Y no pueden considerarse modos menos decentes que los que se reconocen de el pleyto, pues para hazer la dicha escriptura se aguardò a que Don Andres estuviesse ausente de esta Ciudad, y en la de Cordoua, echando de casa toda la familia de el dicho Alonso Gomez de Montoro, como con los testigos de Don Andres se prueba, y con lo que dize Iuan Gallegos Escrivano, ante quien parece otorgado el instrumento foj. 277. a la B. Y si la voluntad de Alonso Gomez de Montoro fuera de otorgar aquel instrumento, no era necessario echar de casa la familia, como Don Geronimo la echò, que esta es vna firmissima presumpcion, y sospecha de sugestion, y dolo: y assi dixo Isocrates lib. 5. Historiæ Ecclesiasticæ, que occultè geruntur, improbitatis suspitione plenissima sunt.



13 Vltra de que el persuadir *blanditijs ad sibi aliquid relinquendum*, ha de ser a persona que no estuviesse con los años, y enfermedades que se han manifestado en el persuadido, idem Decian vbi suprà num. 13. ibi: *Et licèt sciam infirmos non prohiberi contrahere, & disponere de rebus suis, satis tamen est, quod morbus faciliorem aditum præstat ad decipiendum: quia morbus reddit morbosos inpacientes molestiarum:*

Vt

Vt inquiunt Medici, *& experientia rerum magistra docet: & ideo cum ista mulier vexaretur quotidie ab isto donatario vt se eximeret ab hac quotidiana molestia, facilè subduci potuit.*

14 Pruebase la sugestion, porque el Escrivano ante quien se dize otorgada la Escriptura, no quiso mostrarsela, como el dicho Escrivano lo depone foj. 277. a la B. en la quinta pregunta, ibi. *Y que al cabo de vn año, despues de otorgada la dicha escriptura, D. Andres de Montoro fue a el Oficio de este testigo, y le pidio le mostrasse la dicha escriptura, y este testigo se escusò de mostrarla, por no saber la intencion que lleuaua, diziendole, que porque estaua de por medio persona de respeto, no se la mostraua, y esto se lo dixo por escusa.* De aqui nace que huvo dolo. Text in leg. fin. C. de fid. instrum. Tiber. Decian. dict. consl. 32. num 42. ibi: *Decimamquartam colligo coniecturam, ex eo quod probatum est, Notarium, qui scripsit donationem requisitum recusasse exhibere copiam, & se difficilem reddidisse, quod quidem arguit dolum vbi, quod fraus præsumitur in eo qui recusat edere instrumentum, & præsertim in Notario, & eo quidem amicissimo partis aduersæ.*

15 Es presumpcion tambien de la sugestion, y dolo auer revocado instantaneamente, y sin causa quatro instrumentos vniformes, adonde geminadamente tenia manifestada su voluntad. Castill. lib. 3. cap. 1. num. 105. & lib. 4. cap. 22. num. 21. maximè quando esta revocacion se intentò con instancias nimias por personas de autoridad, y por mano de quien comia, y tenia fiada su hazienda, como era su hijo D. Geronimo: idem Castill. dict. lib. 3. & cap. 1. num. 105. & 130. Y en el estado q̃ se hallaua Alonso Gomez enfermo, y viejo, *Quia timet ne ab eis derelinquatur, si ea negauerit, quæ sibi petuntur. Vt num. 131. aiebat, & lib. 4. cap. 22. num. 32.* Y de esta mudança de voluntad sin causa no nace pequeña sospecha. Eleganter Ant. Fab. definit. 13. lib. 6. tit. 5.

16 *Rursus suggestionis suspitio oritur* de lo insolito, y estraño de la disposicion de la escriptura que impugnamos, pues en ella no reservò facultad de poderla revocar auiendolo fecho en las demas disposiciones el señor Castill. lib. 5. cap. 72. vers. Decimo dolus. Y presumpcion legal es la que resulta del texto en la ley si quando, Cod. de inoffi. test. adonde el Emperador dixo: *Que si se le pidiesse facultad, y èl la concediesse para que vno libremente pudiesse hazer testamento, no es visto que fue voluntad suya dexar la disposicion a el arbitrio del impetrante, sino que auia de testar no apartandose, ni excediendo de las leyes que miran a la disposicion testamentaria.* Ex vulgata leg. nemo potest, de leg. 1. y dà la razon, ibi: *Quia credendum non est Romanum Principem, qui iura tuetur huiusmodi verbo totam observationem testamentorum tot vigilijs excogitatam, atque inventam velle euerti.*

17 Alonso Gomez de Montoro quiso dexar acomodados a sus hijos, influyendo en èl para esto el igual amor que la igualdad de la sangre pedia, para lo qual en quatro actos hechos en diuersos tiempos *tam ex contractu, quàm ex vltima voluntate*, lo manifestò conociendo que de la igualdad q̃ de ellos resultaua, naceria la conseruacion de la fraternal amistad reciproca, tan apetecida de los padres, y cantada del Propheta, *Ecce quàm bonum, & quàm iucundum habitare fratres in*

vnum.

vnum.Confiderò efto pues Alonfo Gomez de Montoro,y afsi lo manifeftò en tan geminados actos;pues es de creer(aun quando careciera la efcriptura,que impugnamos,de los defectos que fe han manifestado)que *huiufmodi verbo*,quifo (vt Impetator dicebat] deftruir difpoficiones tan ajuftadas a la razon,que fu defvelo auia fabricado para la conveniencia,y conferuacion de la amiftad de fus hijos?

18 Que amaffe el padre efta igualdad en las quatro difpoficiones referidas,patet,porque auiendo antes mudado los bienes de vn Mayorazgo en otro para igualarlos en la calidad de ellos , pareciendole que D. Andres auia gozado mas de fu caudal,que D.Geronimo,en el teftamento eftà vna claufula del tenor figuiente foj.193.la B. ibi: *Item declaro,que del cenfo que yo tengo impuesto fobre el Eftado del Marques de Priego,de que me paga ocho mil reales cada año de reditos, el qual cenfo tengo agregado a el Mayorazgo que dexo fundado en cabeça de mi hijo fegundo D.Andres de Montoro y Vargas, los corridos de feis años de efte dicho cenfo,que montan 48U. reales,fe den, y los aya para fi mi hijo mayor D.Geronimo de Montoro y Vargas,que efta es mi voluntad,por quanto ha gozado menos de mi hazienda, y por efto le hago en dicha cantidad mejora. Y declaro que los dichos feis años, de cuyos reditos le hago efta manda,fe ayan de començar a contar defde el dia de mi fallecimiento en adelante , hafta que ayan paffado los dichos feis años,fin que por efta manda fe entienda,que el dicho D.Geronimo de Montoro y Vargas mi hijo,deua dar fatisfacion, ni equivalencia alguna a fu hermano D.Andres,ni efte fe la pida en ningun tiempo;antes le encargo a el dicho D.Andres de Montoro y Vargas mi hijo, que no dexe por efto de amar,y reuerenciar mucho a el dicho mi hijo D. Geronimo de Montoro,como a fu hermano mayor. Y que por efta,ni por ninguna otra cofa jamas le ponga pleyto,antes fe aya,y porte con todo amor y cortefia.*



19 Defde el numero 24.hafta el final, el Abogado de Don Geronimo pretende ajuftar,y probar,como el acto fue muy razonable, pues fundò vn Mayorazgo en el hijo primogenito.No dudamos que es lo mas ordinario,pero no fe confieffa que fea precifo,pues con facultad, o fin ella en el quinto,y tercio fe han vifto muchos Vinculos dexados a el hijo fegundo,tanto porque no es precifo que prefiera en el amor del padre el primero,quanto porque ay muchos fegundos mas benemeritos(no porque no lo fea mucho D.Geronimo]y en el cafo de efte pleyto de lo que fe duda es,de la voluntad que tuvieffe para ello Alonfo Gomez de Montoro:y parece fe manifiefta efta propoficion, y que la difpoficion vltima no fue fuya; conque auiendo en las quatro difpoficiones primeras declarado algunas cargas que tenian los bienes de q̃ fe componian los Mayorazgos; en efta vltima que inpugnamos, fe declara,que no tienen carga alguna: de que refulta,que o no tuvo memoria, o no fue difpoficion fuya,y en ambos cafos corruit difpofitio. Hoc vnius dieicurfu dictaui.Salva in omnibus Senatus cenfura, cui me fubmitto,fubdoque.Hifpali 4. Aprilis Anno Domini 1660.

Lic, D. Aluaro Marchena Duran.